فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۲، شمارهٔ پیاپی ۱۰۹
تابستان ۱۳۹٦، ۸۸-٦۹

تحلیلی بر نقش قبول در وصیت عهدی*

ملیحه غلامی[1]
دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد
Email: m.gholami99@yahoo.com
دکتر عباسعلی سلطانی
دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد
Email: soltani@um.ac.ir
دکتر حسین ناصری مقدم
دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد
Email: naseri1962@um.ac.ir

چکیده

یکی از چالش‌های فقه مدنی، چیستی وصایت (وصیت عهدی) و موضوع قبول در آن است. مشهور فقیهان امامیه بر این باورند که در وصیت عهدی، قبول شرط نیست. ماده ۸۳٤ قانون مدنی نیز همین دیدگاه را پذیرفته است. این ماده گرچه با قول مشهور فقیهان امامیه موافق است، اما با تعدادی از قواعد مسلم فقهی و حقوقی مانند: اصل حاکمیت و آزادی اراده، لزوم انضمام قبول در عقود، نفی ضرر، عسر و حرج مغایر است. از دیگر سو، نادیده انگاشتن ایجاب موصی نیز از آن جهت که وصیت بلاتکلیف خواهد ماند و برای او ایجاد ضرر می‌کند، نامیسور است.

علاوه بر قول مشهور اقوال دیگری هم در مسئله وجود دارد، از جمله این که وصی پس از فوت موصی در صورتی که امر وصایت را نپذیرفته باشد، حق رد دارد و یا این که هنگامی که پسر وصی پدر باشد یا این‌که انجام وصایت جز شخص وصی توسط شخص دیگری ممکن نباشد باید وصایت را قبول کند.

این نوشتار پس از نقض و ابرام دیدگاه‌ها، نظر علامه حلی را با اندکی تفاوت می‌پذیرد به این صورت که: موصی شرعاً و قانوناً در جهت آگاه کردن وصی از مورد وصایت و اخذ قبول از وی قبل از فوت خود اجبار دارد؛ در این صورت نه در حق وصی و نه در حق موصی ستمی وارد نخواهد شد و تعارض دو قاعده لاضرر نیز مرتفع می‌شود.

کلیدواژه‌ها: وصایت، وصیت عهدی، عقد، ایقاع، ایجاب و قبول.

---

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۰۲/۱۹؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۱۱/۱۹.

DOI: 10.22067/fiqh.v0i0.34984

۱ . نویسنده مسئول

مقدمه

مشهور فقیهان، وصیت را دارای دو مصداق می‌دانند: وصیت تملیکی و وصیت عهدی (وصایت)؛ اساساً عمل حقوقی وصیت (با هر دو مصداقش) از ویژگی‌های منحصر به فرد برخوردار است و طبیعتاً با چالش‌های خاصی نیز مواجه است. وصیت بر خلاف همه عقود و ایقاعات که اثرشان در زمان حیات، تحقق می‌یابد و اصولاً مراد از اجرای آن‌ها در برگرفتن زمان حیات است، به پس از حیات تعلق می‌گیرد. افزون بر این، تعلیق در عمل حقوقی که از سوی اکثر فقیهان، مورد منع و انکار قرار گرفته است، در وصیت، پذیرفته شده و بلکه جوهره آن را تشکیل می‌دهد. یکی از چالش‌های وصیت، مسئله عقد یا ایقاع بودن آن است که مورد اختلاف فقیهان قرار گرفته است. چالش دیگر در باره ماهیت قبول در وصیت است که میان شرط بودن (به نحو کشف یا نقل)، جزء العله بودن[۱] و ... دوران دارد.

اما مسئله‌ای که در این مقاله مورد واکاوی و تحلیل قرار گرفته است، مسئله نقش و تأثیر قبول در وصیت عهدی است که از دیرباز مورد توجه و نظریه‌پردازی فقیهان بوده است. مشهور فقیهان در یک حکم استثنایی و بر خلاف قواعد قراردادها، بر این باورند که قبول وصایت پس از مرگ موصی، الزامی است. مستند این فتوا، روایات بسیاری است که در مسئله وارد شده است.

نگارندگان ضمن بررسی و تحلیل این دیدگاه و نیز دیگر دیدگاه‌ها، ایده‌ای نو را پیش‌نهاده‌اند که از مشکلات نظری کمتری برخوردار است.

چیستی وصایت

فقیهان وصیت (عمل حقوقی معطوف به پس از حیات) را به دو گونه کاملاً متمایز تقسیم و تحدید می‌کنند. وصیت تملیکی و وصیت عهدی (وصایت). [۲]

وصایت (به کسر و فتح واو) که به آن وصیت عهدیه یا وصیت به ولایت هم گفته می‌شود عبارت است از استنابه پس از مرگ در آنچه وصیت‌گذار، حق تصرف در آن دارد مانند قضای دیون، استیفای دیون، پس دادن و پس گرفتن ودایع، ولایت بر فرزندان و نظارت بر اموالشان، انجام حقوق واجب و مستحب و... (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/ ۵٦۲؛ محقق کرکی، ۱۱/ ۲۵۷).

این استنابه ممکن است از کسی باشد که بالاصاله دارای ولایت است مانند پدر و جد پدری؛ و یا از سوی فردی باشد که بالعرض برخوردار از ولایت شده باشد مانند وصی‌ای که در گرفتن وصی (برای موصی

---

۱. نگ: سید یزدی، محمد کاظم، العروة الوثقی، ۲/ ۸۷۷.

۲. الوصیة تملیک عین او منفعة او تسلیط علی تصرف بعد الوفاة و یفتقر الی الایجاب و القبول (محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱- ۲/ ۲٤۳؛ خوانساری، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ٤/ ۵۱).

نخست)، مأذون است (صاحب جواهر، ۲۸/ ۳۹۱). البته صاحب جـواهر بـه جـای تعبیـر بـه اسـتنابه، از «ولایت» بهره می‌جوید و آن را سزاوارتر هم می‌شمرد چه آن که شأن وصی پس از فوت موصی، شـأن ولـیّ است نه نایب، زیرا موصی با مرگش از ولایت خارج می‌شود (همان). سخن ایشان متین است ولی بـه نظـر می‌رسد به جای تعبیر «ولایت»، مناسب‌تر است از واژه «تولیت» استفاده شود.

گرچه برخی همانند محقق و شهید (محقـق حلـی، المختصـر النـافع، ۱/ ۱۶۳؛ شـهید ثـانی، اللمعـة الدمشقیة، ۱۰٤)، تلاش کرده‌اند وصیت را دارای یک ماهیت واحد قلمداد کنند و تعریفـی یکتـا از آن ارائـه نمایند، اما با تأمل به خوبی می‌توان دریافت که ما با دو طبیعت منحاز و متمایز مواجهیم و تشـابه فقـط در تسمیه و نام‌گذاری و برخی از اوصاف است؛ از همین رهگذر، شهید در کتاب دیگرش، برای هر یـک از دو قسم وصیت، کتابی را مختص ساخته است و وصایت را قسیم وصیت دانسته است (الدروس الشـرعیة، ۲/ ۳۲۱). این موضوع از این جهت اهمیت دارد که در شناسایی چیستی وصایت بسیار تأثیرگذار اسـت. بیـان مطلب آن که فقیهان در عقد یا ایقاع بـودن «وصـایت»، اخـتلاف نظـر دارنـد و چنانچـه وصـایت را دارای ماهیتی منحاز بدانیم، اشکالی پیش نمی‌آید اما اگر آن را شعبه‌ای از وصیت به‌شـمار آوریـم (همـانطور کـه محقق در المختصر النافع، وصیت تملیکی و عهدی را در یک تعریف، مندرج ساخته است: همان‌جا)، آن وقت با محذور تغایر ماهوی در افراد یک ماهیت، مواجه خواهیم شد.

در حقیقت ما در موضوع تغایر وصیت تملیکی با وصایت، در دو موضع، دچار چـالش هسـتیم: یکـی این که وصایت از نظر مفهومی، با وصیت تملیکی در تغایر است به این مفهوم کـه در وصـایت، ایصـاء بـه ولایت می‌شود ولی در وصیت تملیکی، تملیک صورت می‌پذیرد بنا بر این، اندراج آن دو در یـک تعریـف، ناممکن است. از دیگر سو، وصیت تملیکی به عقیده مشهور، عقـد اسـت ولـی وصـایت، مـورد اخـتلاف است.

به هر روی، فقیهان در ماهیت وصایت اتفاق نظر ندارند. دسته‌ای آن را عقدی می‌داننـد کـه بسـان هـر عقد دیگری نیازمند به ایجاب و قبول است (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/ ٥٦٥؛ شـهید ثـانی، مسـالک الافهام، ٦/ ۲٥٥؛ محقق کرکی، ۱۱/ ۲٦۱) و گروهی دیگر آن را ایقـاع می‌انگارنـد (صـاحب جـواهر، ۲۸/ ۳۹۱). آنان که قائل به عقد بودن وصایت هستند، افزون بـر ادعـای اجمـاع (بحرانـی، ۲۲/ ٥٧٦) بـر ایـن باورند که وصایت هم بسان وصیت تملیکی، دارای دو طرف است و ایجاب آن از سوی موصی و قبولش از سوی وصی است و با قبول، عقد تمام و کامل می‌شود (شهید ثانی، مسالک الافهام، ٦/ ۲٥٥).

اما کسانی که عقد بودن وصایت را برنتافته‌اند چنین استدلال می‌کنند که عقد، چیزی است که ایجـاب و قبول در تحقق آن معتبر باشد، در حالی که مشهور بر این باورند آنچه که در لـزوم وصـیت معتبـر اسـت،

عدم ردی است که به موصی برسد و این عدم رد، اعم از قبول است (یعنـی دارای دو فـرد اسـت: رد و عـدم قبول)؛ بنا براین، با فقدان قبول، عقد بودن نیز منتفی می‌شود[1] (صـاحب جـواهر، ۲۸/ ۳۹۱) مـراد صـاحب جواهر این است که چنانکه خواهد آمد، مشهور فقیهان بر این باورند که وصایت چنانچه از سوی وصی رد نشود، لازم خواهد بود و ضرورتی ندارد وصی آن را قبول کند و صرف عدم رد (آن هم در حیـات موصـی و رسیدن خبر آن به موصی)، در لزوم آن کفایت می‌کند. صاحب جواهر معتقد است حتی اگر وصی در ظاهر «قبلتُ» نیز بگوید، باز هم عقد بودن وصایت، تصحیح نمی‌شود و تنها به صورت و شکل عقد خواهد بـود و این برای تحقق «عقدیت» کافی نیست، زیرا عقد چیزی است که «قبول» در آن به نحو «جزئیت»، اعتبار شده باشد (همان). ایشان در ادامه مطلـب از نیکـویی سـخن شـهید در دروس تجلیـل می‌کنـد، آنجـا کـه می‌نویسد: بنا بر آنچه گفته شد که لزوم وصایت با مرگ و عدم رد حاصل می‌آید، اعتباری بـه قبـول و عـدم قبول وصی نیست، بلکه آنچه معتبر است، عدم ردی است که به موصی برسد، که اگر حاصل شـد، فبهـا و گرنه وصایت، لازم می‌شود (شهید اول، ۲/ ۳۲٦؛ صاحب جواهر، ۲۸/ ۳۹۱).

با این بیان، تفاوت وصیت با وصایت نیز آشکار می‌شود، زیرا وصـیت هـر چنـد در برخـی از افـرادش (مانند وصیت به جهات عمومی) نیازمند قبول نیست (بنا بر قول عدم نیاز به قبـول در ایـن مـوارد)، امـا در موارد وصیت به افراد خاص، نیازمند قبول است و گرنه باطل واقع می‌شود، به خلاف وصایت که عدم قبول، آن را باطل نمی‌سازد، مگر در صورتی که وصی آن را رد کـرده باشـد و ردش هـم بـه موصـی رسـیده باشـد (همان). البته شیخ طوسی در بیان تفاوت وصیت و وصایت سخنی دارد کـه بـه نظـر قابـل نقـد می‌آیـد. او می‌نویسد: تفاوت وصایت با وصیت آن است که وصیت یک نوع تملیک پس از وفات است که طبیعتاً قبول آن نیز باید پس از فوت صورت پذیرد ولی وصایت یک عقد منجز در زمان حال است، بنـا بـر ایـن ممکـن است که قبولش نیز در حال حیات باشد (المبسوط، ٤/ ٣٦). این کلام شیخ از این جهت درخور نقد است که در وصایت هم اعطای ولایت و وصایت، معلق به پس از فـوت می‌شـود و از ایـن جهـت تفـاوتی میـان وصیت و وصایت نیست.

اقوال فقیهان در نقش قبول در وصایت

پس از آن که روشن شد فقیهان در چیستی وصایت اختلاف نظر دارند و گروهـی آن را عقـد، دسـته‌ای ایقاع و تعدادی نیز آن را برزخ میان عقد و ایقاع پنداشته‌اند (کاشف الغطاء، ٥/ ٦٤٣)، اینک پرسش اصـلی

---

۱. وفیه: أن العقد کما عرفته فی محله ما اعتبر فیه الایجاب والقبول، والمشهور کما تعرفه أن المعتبر فی لزوم الوصیة، عدم الرد الذی یبلغ الموصی، وهو أعم مـن القبول، بل یتحقق بالرد وعدم القبول إذا لم یبلغ ذلک الموصی، وهو مناف لدعوی العقدیة المزبورة (جواهر الکلام، ۲۸/ ۳۹۱).

این مقاله چنین مطرح می‌شود که: نقش قبول در وصایت چیست؟ این پرسش هـر چنـد ممکـن اسـت بـه شکل بحث قبلی عنوان شود، یعنی این که آیا وصایت، عقد است یا ایقـاع؟ امـا چـون فقیهـان بـه گونـه‌ای مستقل از لزوم «قبول» و عدم آن سخن گفته‌اند، ما نیز از این زاویه، مسئله را مورد تحلیل قرار می‌دهیم.

فقیهان امامی در خصوص نقش قبول در وصایت پس از فوت موصی نظریات گوناگونی ابراز داشته‌اند که در مجموع می‌توان نظریات ایشان را در چند دسته جای داد:

أ. لزوم عمل به وصیت عهدی در صورت عدم رد در زمان حیات موصی

قائلان این نظریه که طبق یک نظر، مشهور فقیهان امامیه هستند بر این باورند که وصی در زمان حیـات موصی، حق دارد وصایت را بپذیرد یا رد کند. اما اگر قبول کرد، یا سکوت نمود و یا خبر ایصاء پس از مـرگ موصی به او رسید، دیگر حق رد وصایت را ندارد و اجباراً باید آن را بپذیرد. البته باید اطلاق ایـن قـول را بـه صورت وجود توانایی و فقدان عجز وصی و عدم خیانت او، مقید سازیم همان‌گونه که غالب فقیهـان بـه آن اشاره کرده‌اند؛ به عنوان مثال، شیخ طوسی می‌نویسد:

... وصیت باید در حضور موصی رد شود ولی پس از فوت همان طور که ما گفتیم وصی حق رد ندارد، مگر این که اقرار به عجز کند و یا این که خیانت کند (طوسی، الخلاف، ٤/ ١٤٨).

در ادامه به نقل تعدادی از کلمات فقیهانی که این قول را پذیرفته‌اند، می‌پردازیم:

صدوق می‌نویسد: چنانچه فردی به دیگری وصیتی کند، در صورتی که (وصی) حاضر باشد، می‌تواند وصایت را قبول نکند و اگر غایب باشد و موصی قبل از این که وصی را ببیند بمیرد، لازم است وصیت انجام شود. (فقه الرضا، ۲۹۸)

ایشان در جایی دیگر، عین همین عبارت را می‌آورد و اضافه می‌کند:

چنانچه انسان به دیگری وصیت کند در حالی که وصی حاضر است، وصی می‌تواند از قبول، سـر بـاز زند، مگر وصی غایب باشد و موصی پیش از قبول او از دنیا برود، که در چنین صورتی وصیت برای او لازم می‌شود (المقنع، ٤٨٣ - ٤٨٤).

مفید نیز در المقنعة عبارتی قریب به همین مضمون را آورده است (٦٧٢).

طوسی در المبسوط همین قول را می‌پذیرد (٤/ ٦٣) و سخن او در خلاف را نیز پیش از این آوردیم.

محقق حلی می‌نویسد: موصی الیه (وصی) می‌تواند مادامی که موصی زنده است وصیت را رد کند بـا این شرط که خبر رد به موصی برسد، اما چنانچه موصی پیش از رد وصی یا پـس از رد او و قبـل از رسـیدن خبر به موصی، بمیرد، رد وصی بی‌اثر است و وصیت برای وصـی، لازم خواهـد بـود (شـرایع الاسـلام، ۲/ ٤٨٢).

شهید ثانی نیز چنین می‌نگارد:... پیش از این گفته شد که وصیت در زمان حیات موصی از عقود جایز است و هر یک از موصی و موصی الیه (وصی) می‌توانند در حیات موصی، آن را فسخ کنند. لکن در وصیت به ولایت (وصایت) چنانچه وصی آن را بپذیرد، اگر پس از مرگ موصی است، دیگر حق رد آن را ندارد (همان‌گونه که در وصیت تملیکی، پس از قبول و فوت موصی، حق رد نداشت)؛ اما اگر قبولش در زمان حیات موصی بوده است، می‌تواند وصایت را رد کند (همان‌طور که حق رد مال را داشت)، زیرا وصایت یک نوع اذن در تصرف مخصوص است، و او حق دارد اذن را نپذیرد همانند وکالت. البته این حکم وصایت (حق رد) در جایی است که خبر رد به موصی رسیده باشد، وگرنه حق رد ندارد و لازم می‌شود (مسالک الافهام، ٦/ ٢٥٥).

ادله قول اول:

ادله این قول بدین قرار است:

۱- اجماع

برخی بر این حکم، ادعای اجماع کرده‌اند. شهید ثانی در مسالک، ظاهر فقیهان را اتفاق بر آن می‌انگارد (٦/ ٢٥٥) و محقق بحرانی از آن نفی خلاف می‌کند (٢٢/ ٥٧٤)؛ لیکن کلام صاحب جواهر در این بحث کمی مضطرب است. او در موردی که وصی در زمان حیات، وصایت را پذیرفته، ادعا می‌کند پس از فوت موصی، حق رد ندارد و در این موضوع، خلافی را ندیده است و سپس یک گام جلوتر می‌رود و به نقل از مبسوط و خلاف و تذکره، ادعای اجماع می‌کند. آن گاه در موردی که وصی قبلاً وصایت را نپذیرفته تا آن که موصی از دنیا رفته است، قائل به لزوم قبول می‌شود و آن را اول به مشهور نسبت می‌دهد و سپس با صریح غنیه و ظاهر دروس[1]، آن را اجماعی می‌پندارد (٢٨/ ٤١٨).

به نظر می‌رسد افزون بر چالش‌های جدی که ثبوتاً و اثباتاً در برابر اجماع، صف‌آرایی کرده‌اند، وقوع چنین اجماعی نیز نامحقق است زیرا در میان فقیهان مخالفانی دارد همانند علامه حلی، شهید ثانی و دیگران که بدان اشاره شد.

۲- روایات

عمده دلیل قائلان به وجوب قبول وصایت از سوی وصی با شرایطی که ذکر شد، روایاتی است که در این باب وارد شده است؛ این روایات، صحیح و در حد استفاضه هستند:

– محمد بن مسلم از امام صادق (ع) نقل می‌کند که فرمودند: چنانچه فردی به دیگری وصیتی کند در حالی که (وصی) غائب است، (وصی) حق ندارد وصیت را رد کند؛ اما اگر وصیت را در حالی انجام

۱. شهید در دروس بر خلاف ادعای صاحب جواهر، این قول را به مشهور نسبت می‌دهد (الدروس الشرعیة، ٢/ ٣٢).

می‌دهد که وصی در شهر حاضر است، مختار است که آن را بپذیرد یا رد کند[1] (طوسی، تهذیب الاحکام، ۹/ ۲۰۵؛ حر عاملی، ۱۳/ ۳۹۸).

این روایت صحیحه است (بحرانی، ۲۲/ ٥٧٤). مراد امام (ع) این است که اگر موصی پیش از آن که وصی خبر قبول یا رد را به او بدهد، در غیبت او فوت کند، قیام به وصایت بر وصی، واجب است هر چند آن را قبول نکند.

– فضیل بن یسار از امام صادق (ع) در باره مردی که برای او وصیتی شده بود می‌فرماید: چنانچه کسی را به سوی او بفرستند تا او را از وصیت آگاه سازد، حق رد ندارد، ولی اگر در شهر کسی دیگر که به وصیت عمل کند، وجود دارد، او مخیر است قبول یا رد کند[2] (طوسی، الاستبصار، ۴/ ۱۳۰؛ حر عاملی، ۱۳/ ۳۹۸).

سند این روایت هم صحیح است (بحرانی، همان‌جا). منظور آن است که چنانچه موصی پس از فرستادن کسی به سوی وصی و پیش از رسیدن جواب فوت کند، قبول بر وصی واجب می‌شود و حق رد ندارد. اما اگر در حالی وصیت کرده که وصی حاضر بوده است، او حق رد یا قبول دارد، زیرا در شهر کسانی غیر از او برای پذیرفتن وصایت، موجود هستند.

– منصور بن حازم از امام صادق (ع) نقل می‌کند که حضرت فرمودند: هر گاه فرد به برادرش که غایب است وصیت کند، حق ندارد وصیتش را رد کند زیرا اگر او حاضر بود و نمی‌پذیرفت، موصی کسی دیگر را وصی خود قرار می‌داد[3] (همو)

سند این روایت هم صحیح است و تعلیلی که در ذیل حدیث آمده است بسیار مهم و قابل استفاده است.

– فضیل بن یسار از امام صادق (ع) در باره فردی که به او وصیت شده بود نقل می‌کند که فرمود: چنانچه کسی را به سوی او فرستاده‌اند، او حق رد وصایت را ندارد[4] (همو)

سند روایت صحیح و مضمون آن نیز همانند روایات قبلی است به این معنا که اگر وصی در شهر حاضر و شاهد است، در قبول و رد وصایت، مخیر است، اما اگر غایب بود باید حتماً وصایت را بپذیرد.

---

۱. علی بن ابراهیم عن أبیه عن حماد بن عیسی عن ربعی عن محمد بن مسلم عن ابی عبد الله علیه السلام قال: ان اوصی رجل إلی رجل وهو غائب فلیس له أن یرد وصیته، فان اوصی إلیه وهو بالبلد فهو بالخیار ان شاء قبل وان شاء لم یقبل.

۲. محمد بن یعقوب عن محمد بن اسماعیل عن الفضل بن شاذان عن ابن ابی عمیر عن ربعی عن فضیل عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل یوصی إلیه قال: إذا بعث بها إلیه من بلد فلیس له ردها؟ وان کان فی مصر یوجد فیه غیره فذلک إلیه.

۳. أبو علی الاشعری عن عبد الله بن محمد عن علی بن الحکم عن سیف بن عمیرة عن منصور بن حازم عن ابی عبد الله علیه السلام قال: إذا اوصی الرجل إلی اخیه وهو غائب فلیس له أن یرد علیه وصیته لانه لو کان شاهدا فابی أن یقبلها طلب غیره.

٤. علی بن ابراهیم عن أبیه عن ابن ابی عمیر عن القاسم ابن الفضیل عن ربعی عن الفضیل عن ابی عبد الله علیه السلام قال: فی الرجل یوصی إلیه قال: إذا بعث بها إلیه من بلد فلیس له ردها.

– هشام بن سالم از امام صادق (ع) در مورد فردی که به دیگری وصیت می‌کند و لی او از پذیرش آن استنکاف می‌ورزد، روایت می‌کند: او را در این وضعیت، خوار نکند[1] (همو)

سند روایت، صحیح است و مراد امام (ع) آن است که قبول وصیت بر وصی، لازم است زیرا چنانچه آن را نپذیرد، سبب می‌شود موصی خوار و ذلیل گردد (یا به لحاظ آن که در معرض تحقیر قرار می‌گیرد و یا بدین لحاظ که وصایای او بر زمین می‌مانند).

– از امام رضا (ع) منقول است که چنانچه فردی به دیگری در حضورش وصیت کند، وصی حق دارد وصایت را رد کند، اما اگر وصی غائب است و موصی پیش از ملاقات با او فوت کند، وصایت برای وصی، لازم می‌شود[2] (ابن بابویه،المقنع، ۱۶۶؛ نوری، ۱۴/ ۱۱۰).

با دقت در این روایات، می‌توان چنین نتیجه گرفت:

یک. قبول وصیت در زمان حیات موصی، بر وصی واجب نیست و او می‌تواند آن را رد کند حتی اگر پیش از آن قبول کرده باشد، و دلیل این مطلب، افزون بر اصالت عدم وجوب قبول، روایات مستفیضی بود که از نظر گذشت.

دو. منظور از غیبت و حضور در این روایات، کنایه از رسیدن خبر رد در زمان حیات، به موصی است زیرا بر این مطلب که رسیدن خبر، مدخلیت دارد نه صرف حضور، اجماع قائم شده و همچنین خبر منصور بن حازم نیز معلل به همین مطلب شده بود. افزون بر این که فتوای اصحاب و روایت امام رضا (ع) نیز این موضوع را تأیید می‌کند (صاحب جواهر، ۱۸/ ٤١٥).

سه. اما پرسشی که مطرح می‌شود آن است که آیا افزون بر رسیدن خبر رد به موصی، امکان جایگزینی وصی دیگری برای موصی، شرط است یا صرف رسیدن خبر در زمان حیات او کفایت می‌کند؟ ظاهر فتاوا آن است که کافی است ولی مقتضای تعلیل در روایات، ناکافی بودن آن است زیرا اگر موصی امکان جایگزین کردن فرد دیگری را نداشته باشد، به منزله آن است که خبر رد به نرسیده است. صاحب جواهر امکان نصب وصی دیگر را معتبر می‌شمرد و بر این باور است که قول امام (ع) که می‌فرمایند: «لو کان شاهدا فابی ...» بر این مطلب دلالت می‌کند زیرا علت، منصوصه و قابل تعدی است (۲۸/ ٤١٥).

چهار. مشهور فقیهان امامی بر اساس همین روایات و بر خلاف قواعد عمومی معاملات فتوا داده‌اند. در حقیقت آنان با این روایات، اصل لزوم «اختیار» در عقد و «عدم جریان اراده یک شخص علیه دیگری»

۱. علی بن ابراهیم عن أبیه عن ابن ابی عمیر عن هشام ابن سالم ابی عبد الله علیه السلام فی الرجل یوصی إلی الرجل بوصیة فأبی أن یقبلها فقال أبو عبد الله علیه السلام: لا یخذله علی هذه الحال.

۲. عن فقه الرضا (ع): اذا اوصی رجل الی رجل و هو شاهد فله ان یمتنع من قبول الوصیة و ان کان الموصی الیه غائبا و مات الموصی من قبلان یلتقی مع الموصی الیه فان الوصیة لازمة له.

را تخصیص زده‌اند.

ب. جواز رد وصایت پس از فوت در صورت عدم قبول پیش از فوت

در بررسی‌های به عمل آمده، معلوم شد نخستین فقیهی که در مقابل قول مشهور، فتوای عدم لزوم قبول وصی را مطرح ساخته است، علامه حلی در تحریر و مختلف الشیعه است. وی در تحریر الاحکام می‌نویسد:

... چنانچه به دیگری وصیت کند (وصایت)، بر او قبول آن واجب نیست و می‌تواند چه در حیات یا پس از حیات موصی، آن را رد کند (۳/ ۳٦۰). البته او در ادامه به نظریه مشهور نیز اشاره می‌کند.

در مختلف الشیعه پس از آن که قول وجوب پذیرش وصایت را در صورتی که وصی پس از فوت او بدان آگاه شده یا در زمان حیات موصی آن را رد نکرده است، به طور مطلق به اصحاب امامیه نسبت می‌دهد، چنین می‌نگارد:

من با این قول موافقم در صورتی که وصی در زمان حیات موصی، وصایت را پذیرفته باشد؛ ولی چنانچه قبلاً قبول نکرده یا اساساً از آن آگاهی نداشته است، حق رجوع و رد دارد (٦/ ۳۳۷).

از دیگر اساطینی که به این قول تمایل نشان داده‌اند شهید ثانی و محقق سبزواری هستند. شهید ثانی پس از نقل اخبار وارد شده و اظهار نظر در باره آن‌ها می‌نویسد:

... اثبات چنین حکم مخالف اصول به گونه‌ای که موصی بر وصی به طور قهری مسلط شود، بعید است (مسالک، ٦/ ۲۵۸).

محقق سبزواری نیز پس از ذکر قول علامه و توجیهی که برای روایات آورده است، آنرا نیکو می‌شمارد (۱۵۰).

ادله قول دوم:

همان گونه که اشاره شد، علامه و برخی دیگر در مقابل مشهور، بر این باورند که وصی می‌تواند وصایت را در حیات یا پس از فوت موصی، رد کند. تنها در صورتی که وصایت را در حیات موصی پذیرفته باشد و بر آن باقی باشد تا موصی فوت کند، دیگر حق رد آن را ندارد. اینک استدلال این گروه را از نظر می‌گذرانیم:

۱- موافقت با اصل

علامه تأکید می‌ورزد که اصل عملی عند الشک در وجوب قبول، عدم است و وجوب قبول بر خلاف اصل عقلی و شرعی است (مختلف الشیعة، ٦/ ۳۳۷)

۲- قاعده لا ضرر

دلیل دوم آن است که از وجوب قهری قبول بر وصی، تضرر او لازم می‌آید و حکم ضرر غیر مستحق، از

نظر شارع، ملغی است؛ خداوند می‌فرماید: و ما جعل علیکم فی الدین من حرج (حج/۷۸) و پیامبر (ص) نیز فرموده‌اند: و لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام[۱] (همو).[۲]

۳- لزوم انضمام قبول در عقد

وصایت یکی از انواع عقود است و هر عقدی نیازمند ایجاب و قبول است. بنا بـر ایـن، بـدون انضـمام قبولی که توأم با قصد و رضا باشد، عقد کامل نیست (همو).

۴- حمل احادیث بر سبق قبول

علامه در توجیه احادیث چنین می‌نگارد: می‌توان احادیث را بر موردی حمل کرد که قبلاً از سوی وصی در زمان حیات موصی، قبولی صورت پذیرفته باشد (همو).

۵- حمل بر شدت استحباب

شهید ثانی در مسالک، در توجیه دیگری، این روایات را حمل بـر اسـتحباب می‌کنـد. ایشـان در آغـاز عقیده دارد که این اخبار، صریح در مدعا نیستند زیرا مفاد آن‌ها عدم لزوم مطلق قبول از سوی حاضر و لزوم مطلق قبول از سوی غائب است و این غیر محل نزاع است (زیرا نزاع در جایی اسـت کـه شـخص در زمـان حیات موصی، قبول نکرده یا اطلاع نداشته است و اینک پس از فوت او، نزاع است که آیا قبول لازم است یا نه). هر چند در روایت هشام بن سالم، اشاره‌ای به این موضوع هست.، اما نمی‌توان با این تعلیل که در یک روایت حسن آمده است، چنین حکمی مخالف با اصول شرعی را اثبات کرد و به طور قهری حق وصایت را بر عهده وصی گذارد و به موصی اجازه داد تا هر کسی را بخواهد به عنوان وصی تعیین کند و از شـهود هـم بخواهد که تا مرگش آن را پوشیده نگه دارند! بنا بر این، بهتر است این روایات یا بر سبق قبول و یا بر شـدت استحباب قبول، حمل گردند (۶/ ۲۵۸).

نقد و بررسی قول دوم:

به نظر می‌رسد این سخن شهید ثانی درست نباشد که فرمود: این روایات، صریح در مدعا نیسـت. بـا ملاحظه برخی روایات به ویژه روایتی که از کتاب فقه رضوی (ع) نقل شد، امام (ع) تصریح می‌فرمایند که بر غائب لازم است به وصایت عمل کند اعم از این که وصی قبلاً وصایت را پذیرفته باشد یا نپذیرفته باشد؛ البته اگر پذیرفته که محل بحث نیست، ولی چنانچه نپذیرفته باشد، محل خلاف است که این روایات حکم به لزوم پذیرش می‌کنند. حتی خود علامه نیز از روایات، همین معنا را استفاده کـرده اسـت، منتهـی معتقـد

---

۱. ابن بابویه، من لا یحضر، ۴/ ۳۳۳.

۲. همان‌طور که برخی از بزرگان گفته‌اند ترکیب «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» در هیچ یک از مجامیع معتبر شیعی نیامـده مگـر در کتـاب کـم اعتبـار عـوالی اللئالی؛ بله در برخی مانند من لا یحضره الفقیه، ترکیب «لا ضرر و لا **اضرار** فی الاسلام» آمده است.

است که این روایات با ادله نفی ضرر حرج، تعارض دارد، و این روایات را حمل بر مورد سبق قبول می‌کند و شهید آن‌ها را حمل بر شدت استحباب می‌کند.

هر دو حمل به نظر نادرست می‌رسند. اما این که روایات را با ادله نفی ضرر و حرج، معارض قرار دهیم، صحیح نیست زیرا به صرف وصایت به فرد، ضرر و حرجی حاصل نمی‌آید، که اگر چنین بود، لازم می‌آمد به طور مطلق، قبول وصایت، جایز نباشد چرا که انسان (وصی) حق ندارد خود را به مجرد وصیت به او در ضرر بیفکند. بله چنانچه در موردی، ضرر و حرج لازم آمد، وصی می‌تواند رجوع کند و به این ترتیب، میان روایات با ادله نفی ضرر و حرج هم جمع می‌شود و نیازی به دو تأویل بعید علامه و شهید نیست. اما اینکه فرمودند با عمل به اطلاق این روایات، لازم می‌آید بر خلاف اصول و قواعد، حق وصایت را به صورت قهری بر عهده وصی بیفکنیم، در فقه کم سابقه نیست. اگر این حکم با ادله صحیح ثابت شده است، می‌توان با آن‌ها اصول و قواعد یادشده را تخصیص زد، زیرا این مثل سائر معروف است که: «ما من عام الا و قد خص» و مجرد استبعاد عقلی در برابر این روایات، تاب مقاومت ندارد (بحرانی، ۲۲/ ۵۷۸).

صاحب جواهر نیز معتقد است این برخورد با روایات باب، اجتهاد در مقابل نص است و مشهور بر اساس نصوص و اجماع، از اصول و قواعد عدول کرده‌اند؛ از دیگر سو، اگر ضرر و حرج غیر قابل تحمل باشند، تکلیف ساقط می‌شود و دیگر محل بحث نخواهد بود، و اگر قابل تحمل‌اند، با وجود دلیل، اشکالی متوجه نخواهد شد. و این که گفتند روایات، صریح نیستند، در اصل مسئله خللی ایجاد نمی‌کند زیرا اکثر فقه بر مدار ظواهر بنا شده است (۲۸/ ٤١٨).

ت. وجوب قبول مطلق در صورتی که موصی پدر وصی باشد.

نظریه سوم که منسوب به شیخ صدوق است، می‌گوید: چنانچه موصی در وصیت عهدی، پدر وصی باشد، قبول وصایت علی الاطلاق بر وصی (فرزندش) واجب است و او به هیچ روی حق رد ندارد. منظور از «اطلاق» آن است که تفاوتی در اینکه وصی به هنگام وصایت، حاضر بوده باشد یا غایب و یا اینکه وصیت را در زمان حیات موصی، قبول یا رد کرده باشد نیست. همچنین صدوق به این مورد جایی را که امر وصایت، منحصر در موصی الیه باشد، ملحق ساخته است (ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه، حدیث ٥٤٤٧)

علامه در مختلف به این قول تمایل پیدا کرده (۷/ ٣٨٦) و صاحب ریاض نیز آن را چنانچه خلاف اجماع نباشد، نیکو می‌شمارد (طباطبایی، ۹/ ٤٤٨).

دلیل قول سوم:

شیخ صدوق معتقد است چنانچه موصی، پسر خود را به عنوان وصی خویش تعیین کند، قبول وصایت

بر فرزند، واجب می‌شود؛ همچنین اگر امر وصایت در او منحصر باشد، حق رد ندارد (المقنع، ۱۰٤). دلیل او بر بخش اول ادعایش، مکاتبه علی بن ریان که به امام ابو الحسن عسکری (ع) می‌نویسد: مردی را پدرش به پذیرش وصیتش فراخوانده است، آیا حق دارد از قبول آن امتناع ورزد؟ امام (ع) در پاسخ نوشتند: حق خودداری ندارد[1] (حر عاملی، ۲۸/ ٤۰۰).

و اما دلیلش بر بخش دوم مدعایش، مفهوم صحیح ابن یسار از امام صادق (ع) در باره شخصی که به او وصیتی می‌شود، است که می‌فرماید: چنانچه از شهر به دنبال او بفرستند، حق رد ندارد ولی اگر در شهر است و کسی جز او وجود دارد، حق انتخاب با اوست (حر عاملی، ۲۸/ ٤۰۰).

علامه در مختلف به این قول تمایل پیدا کرده و در مورد فرزند آن را حمل بر شدت استحباب می‌کند و در مورد وصی منحصر به فرد، آن را از باب واجب کفایی به شمار می‌آورد. البته در مورد فرزند، احتمال وجوب از باب عقوق والدین را هم می‌دهد (٦/ ٤۰٦-٤۰۵). صاحب ریاض نیز می‌نویسد: مطلب چنین است به شرطی که اجماعی بر خلافش منعقد نشده باشد و چنین اجماعی را نمی‌توان از اطلاق کلمات اصحاب به جواز رد، ادعا کرد زیرا از این دو موضوع از آن، متبادر نیست؛ بنا بر این، اطلاقات نصوص دیگر به جواز رد را با این دو خبر، تقیید می‌کنیم (۹/ ٤۹۲). البته صاحب جواهر در مقام داوری می‌نویسد: زمانی می‌توان نسبت اطلاق و تقیید را برقرار ساخت که این دو روایت بتوانند با آن همه نصوص، برابری کنند، در حالی که با توجه به تعداد زیاد نصوص اطلاق و اتحاد خبر تقیید، و نیز معاضدت اطلاق با فتاوای اصحاب، این برابری امکان‌پذیر نیست (۲۸/ ٤۱۵).

جمع‌بندی اقوال

داوری این اقوال مبتنی بر تبیین چند فرضیه است که بدون آن‌ها نمی‌توان یکی از اقوال را تلقی به قبول کرد:

نخست موضوع امکان تخصیص قواعد و اصول کلی متخذ از عقل و نقل است. آیا خبر توانایی تخصیص قواعد فراگیری مانند «لزوم وجود قصد و رضا در عقود» را دارد؟ تبارشناسی این قاعده نشان می‌دهد که عقل و نقل هر دو پدیدآورنده آن هستند. عقل به طور قطعی حاکم است که بدون تراضی و توافق طرفینی، نمی‌توان هیچ عقدی را برپا کرد و اصولاً توافق و تراضی در ضمن ماهیت عقد نهفته است. عقد در لغت به معنای گره زدن است و هر گرهی، دو سویه دارد. بنا بر این، عقل قطعی، اجبار فرد را به ایجاد عقد،

---

۱. محمد بن یعقوب، عن عدة من أصحابنا، عن سهل بن زیاد، عن علی ابن الریان قال: کتبت إلی أبی الحسن علیه السلام: رجل دعاه والده إلی قبول وصیته، هل لهان یمتنع من قبول وصیته؟ فوقع علیه السلام: لیس له أن یمتنع ورواه الشیخ بإسناده عن سهل بن زیاد، وکذا الصدوق.

ظلم و قبیح می‌شمارد و طبیعتاً به قاعده ملازمه، شرع را نیز هم‌صدای با خود می‌انگارد.

اما در نقل نیز شواهد بسیاری بر اعتبار این اصل عقلی وجود دارد. آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود ...» (مائده: ۲) دالّ بر این حقیقت است که مؤمنان تنها بایسته است به پیمان‌های خود وفادار باشند. همچنین آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجارة عن تراض منکم ...» (نساء: ۲۹) که بر لزوم وجود تراضی در تجارت و معامله دلالتی روشن دارد. البته در صورتی این آیه بر مقصود دلالت خواهد داشت که یا مفهوم تجارت، عام و در هر معامله‌ای معنا گردد و یا از مناط آن که حرمت اکل مال به باطل و فقدان رضا در تجارت است، بهره گرفته شود.

شیخ انصاری برای اعتبار قصد و اختیار در معامله افزون بر آیه تراضی و روایت «لا یحل مال امرء مسلم الا عن طیب نفسه» (کلینی، ۷/ ۲۷۳)، به اجماع نیز تمسک می‌کند (البیع، ۱۱۸). از دیگر ادله‌ای که شیخ برای اعتبار اختیار و قصد بدان تمسک می‌کند، حدیث رفع[1] است. ایشان بر این باور است که گرچه ظاهر حدیث، رفع مؤاخذه است، ولیکن با توجه به این که امام (ع) در رفع برخی احکام وضعی به آن استشهاد کرده‌اند، نشان‌گر این نکته است که حدیث، همه موارد که بر فرد الزام می‌شود را در برمی‌گیرد (همان).

پرسشی که اینجا رخ می‌نماید این است که آیا الزام وصی به قبول وصایت در صورت عدم قبول آن در زمان حیات موصی یا عدم اطلاع از وصایت تا زمان فوت موصی، مشمول حدیث رفع نمی‌شود؟ بدین معنا که این الزام نیز یک نوع، اکراه تلقی گردد و به واسطه حدیث رفع، برداشته شود؟ به نظر می‌رسد این سخن چندان وجیه نباشد چرا که ظاهراً مراد از اکراه در حدیث رفع، اکراه بیرونی است که از جانب افراد، بر شخص وارد می‌آید و در محل بحث، این الزام یک تکلیف شرعی و قانونی است. مگر گفته شود که: درست است که حکم الزام وصی، از سوی شارع است، اما ایجاد سبب تحقق آن، از سوی موصی است، بنا بر این، اکراه صادق است.

دو. نکته دومی که در این مبحث، تعیین‌کننده است، «حق» یا «حکم» بودن وصایت است. برخی بر این باورند که تعدادی از اموری که به نام «حقوق» شناخته می‌شوند، «حق» نیستند بلکه «حکم» به شمار می‌روند. نظیر حق تولی‌های که واقف برای متولی وقف قرار می‌دهد یا حق وصایتی که موصی برای فردی خاص، مقرر می‌دارد؛ این امور، حکم هستند نه حق به معنای مصطلح. و این که گفته می‌شود وصی در زمان حیات موصی، حق رد دارد (البته به شرط این که خبر رد به موصی برسد و امکان جایگزین کردن هم

۱. صدوق، من لا یحضره الفقیه، ۱/ ۵۹: «وقال النبی (ص): رفع عن امتی تسعة اشیاء السهو و الخطأ و النسیان و ما اکرهوا علیه و ما لا یعلمون و ما لا یطیقون و الطیرة و الحسد و التفکر فی الوسوسة فی الخلق ما لم ینطق الانسان بشفة».

داشته باشد)، از این جهت نیست که وصایت، حق وصی است و رد کردنش، یک نوع اسقاط حق، شمرده می‌شود، و گرنه هر زمان بخواهد، باید بتواند آن را رد کند (در حالی که چنین نیست). بنا بر این، وصایت و امثال آن، حق به معنای خاص که از مراتب ملک است، نیستند بلکه می‌توان آن‌ها را حق بالمعنی الاعم دانست[۱] (بحرالعلوم، ۱/ ۳۸؛ خوانساری، ٤/ ١١٥؛ امام خمینی، البیع، ۱/ ۲۷). بنا بر این، چنانچه وصایت را «حکم» بدانیم و نه حق، اساساً از مبحث عقود، خارج می‌شود زیرا هر عقدی بر وجود حقی برای متعاقدین در ایجاد یا عدم ایجاد آن مبتنی است.

سه. سومین عنصری که در محل بحث، تعیین‌کننده است، عقد یا ایقاع بودن وصایت است. چنانچه وصایت را عقد بدانیم، طبعاً الزام وصی به قبول، با چالش روبرو می‌گردد، اما اگر وصایت را ایقاع بدانیم، اساساً نیازمند قبول نخواهد بود. در میان فقیهان معاصر کم نیستند کسانی که وصایت و حتی وصیت را ایقاع می‌دانند. صاحب عروه صریحاً می‌نویسد: وصیت عهدی نیازمند قبول نیست، اما وصیت تملیکی، از نظر مشهور، نیاز به قبول دارد و بنا بر این، از عقود به شمار می‌رود و محتمل است که اصلاً نیازی به قبول نباشد بلکه رد، مانع تلقی گردد، که در این صورت، ایقاع صریح خواهد بود (طباطبایی یزدی، ٥/ ٦٤٣)؛ در ذیل همین عبارت، مرحوم بروجردی وصیت را مطلقاً ایقاع می‌داند و امام خمینی هم تحقق وصیت و ترتب احکام بر آن را متوقف بر قبول نمی‌داند (همو). فقیهی دیگر در بیانی متفاوت چنین می‌نگارد: در حقیقت، وصیت عبارت است از عهدی که به امور راجع به پس از فوت، تعلق گرفته است و خودش عنوانی مستقل در برابر سایر عناوین عقود و ایقاعات نیست؛ همانطور که عهدهای مردم در زمان حیاتشان متفاوت است، برخی عقد، دسته‌ای ایقاع، پاره‌ای وعد یا استدعا هستند، عهدهای متعلق به پس از فوت نیز مختلف‌اند... و اگر عهدی است که متعلق به تجهیز میت، نماز، روزه، رد امانات و امثال آن‌ها است، یک نوع اذن و استدعا شمرده می‌شود (همو).

ملاحظه می‌شود که دیدگاه‌های فقیهان در چیستی‌شناسی وصیت و وصایت، یکسان نیست، با این همه، غالب آنان وصی را (در صورت قبول وصایت در حیات موصی یا نرسیدن خبر رد به او) ملزم به انجام وصایت کرده‌اند و این موضوع، بسی مایه شگفتی است.

چهار. در بررسی اقوال سه‌گانه باید گفت: قول شیخ صدوق، افزون بر آن که هواداری ندارد، در محل خودش به نقد درآمد. ایشان بر این باور بود که قبول وصایت پدر مطلقاً بر پسر موصی لازم است و او حتی در زمان حیات پدر نیز حق رد آن را ندارد. همچنین اگر کسی جز وصی برای وصایت، وجود نداشته باشد،

---

۱. در ادامه چنین آمده است: وبالجملة، فالظاهر أن الولايات على إطلاقها وشعبها المجعولة ممن له الجعل والنصب لاشخاص أو انواع من حيث الترخيص فى تصرفاتهم فى مال الغير أو نفسه وصحتها ونفوذها - ومنها باب الوصاية - من قبيل الاحكام الثابتة لموضوعاتها فى مواردها - ترخيصا أو إمضاء - ومن هنا لا تقبل الاسقاط، فهى من قسم الحق بالمعنى العام، لا من الحق بالمعنى الاخص الذى هو من مراتب الملک القابل للاسقاط بمقتضى طبعه.

باز هم قبول بر او لازم می‌شود (المقنع، ١٠٤). در پاسخ باید گفت: اولاً روایت علی بن ریان از امام ابوالحسن (ع) که مستند قسمت اول مدعای اوست[1]، به واسطه وجود «سهل بن زیاد» در طریقش، دچار ضعف است[2](خویی، معجم رجال الحدیث، ٩/ ٣٥٤) و افزون بر آن، می‌توان آن را بر موردی حمل کرد که رد فرزند، سبب ایذاء پدر می‌شود (یعنی از باب حرمت ایذاء پدر، قبول واجب است نه ذاتاً) که از محل بحث، خارج است؛ و ثانیاً در پاسخ مستند قسمت دوم مدعایش که صحیحه فضیل بن یسار از امام صادق (ع) است،[3] باید گفت: دلالت این روایت با مفهوم است و نمی‌تواند در برابر اطلاق نصوصی که رد را اجازه می‌کنند مقاومت کند؛ همچنین می‌توان آن را را بر استحباب قبول، حمل کرد؛ و این احتمال نیز وجود دارد که این روایت، بر اساس غلبه صادر شده باشد تا به فلسفه حکم اشاره کند (بحر العلوم، ٤/ ١٧٤).

پنج. اما چالش اصلی میان قول مشهور و علامه و تابعان اوست. هر دو گروه برای مدعای خود ادله محکمی اقامه کرده‌اند. مهم‌ترین دلیل مشهور، افزون بر ادعای اجماع، روایات بود. در ارتباط با اجماع باید گفت: در اعتبار و دلیلیت اجماع، سخن بسیار است که مجال بیان آن‌ها نیست، اما به نظر می‌رسد این اجماع حداقل با دو مشکل اساسی مواجه است: نخست مدرکی بودن آن است که آن را از درجه اعتبار ساقط می‌کند و دوم مخالفت چند فقیه سرشناس مانند علامه و شهید ثانی که آن را خرق می‌کند. البته این که ما در حجیت اجماع چه مبنایی را اتخاذ می‌کنیم، در وجود مخالف، تأثیرگذار است. ولی بنا بر مسلک متأخران که از طریق حدس، رأی معصوم (ع) را استکشاف می‌کنند، وجود مخالف، قطعاً مضر تلقی می‌شود (انصاری، فرائد الاصول). ولی به هر حال، اشکال مدرکی بودن همچنان به قوت خود باقی است.

اما روایات که به طور کامل آن‌ها را نقل کردیم، اکثراً صحیح یا معتبر بودند، بنا بر این نمی‌توان در صحت اسناد آن‌ها شبهه‌ای وارد کرد، همان‌گونه که حتی علامه و پیروانش نیز به سند آن‌ها خدشه‌ای وارد نساخته‌اند و تنها به حمل و توجیه آن‌ها بسنده کرده‌اند.

به نظر می‌رسد روشی که مشهور در پیش گرفته‌اند، روش بدیعی نیست؛ معمولاً فقیهان ما در استنباط احکام شرعی، بیش و پیش از هر چیز بر نصوص و منقولات، تکیه می‌کنند و با وجود نصوص معتبر، هیچ درنگی در اظهار فتوا نمی‌کنند و تنها در مواردی که با عقل قطعی یا قطعیات دیگر کتاب و سنت در تعارض باشند، از آن‌ها دست می‌کشند. در محل بحث، روایات هر چند صراحت در مطلوب ندارند ولیکن ظاهر

---

١. علی بن ریان می‌گوید به امام (ع) نامه نوشتم که: فردی را پدرش وادار به قبول وصیتش کرده است، آیا می‌تواند آن را قبول نکند؟ امام (ع) در پاسخ نوشت: نمی‌تواند امتناع ورزد (حر عاملی، ٢٨/ ٤٠٠). بر این اساس که نهی امام از رد کردن، مقتضی عدم تأثیر رد است زیرا نهی در چنین مواردی بر فساد دلالت می‌کند نه صرف حکم تکلیفی (بحر العلوم، ٤/ ١٧٣).

٢. هر چند گفته شده: الامر سهل فی سهل (همو، ٤/ ١٧٣).

٣. صحیحه ابن یسار از امام صادق (ع) در باره شخصی که به او وصیتی می‌شود، است که می‌فرماید: چنانچه از شهر به دنبال او بفرستند، حق رد ندارد ولی اگر در شهر است و کسی جز او وجود دارد، حق انتخاب با اوست (حر عاملی، ٢٨/ ٤٠٠).

آن‌ها بر مدعای مشهور، دلالت دارد و به قول صاحب جواهر، اکثر فقه مبتنی بر ظواهر است (۲۸/ ٤۱۸). اینک باید دید که آیا الزام وصی به قبول وصایت (در موارد یاد شده)، با اصول عقلی و شرعی قطعی در تضاد است (آن گونه که شهید ثانی ادعا کرده است) یا خیر، تضادی در کار نیست و این روایات، ادله عقلی و شرعی را تخصیص می‌زنند؟ صاحب جواهر بر این باور است که طرد این روایات، اجتهاد در مقابل نص است و باید به سبب آن‌ها از اصول و قواعد عقلی و نقلی خارج شد و دست کشید؛ و حمل روایات بر دو موردی که علامه و دیگران عنوان کردند، در صورتی قابل پذیرش است که اصول مزبور با روایات در یک سطح باشند، در حالی که چنین نیست (همو).

تغایر روشی فقیهان

هر فقه‌پژوه متتبعی اذعان خواهد کرد که فقیهان در چنین مواردی، رویکرد واحدی اتخاذ نکرده‌اند. برخی از آنان در موارد مشابه، جانب اصول و قواعد عقلی و شرعی را گرفته و نصوص را تأویل یا طرح کرده‌اند. به عنوان مثال، روایات بسیاری که در مورد لزوم مجازات کودک سارق با خراشیدن یا حتی قطع انگشتان او وارد شده است (ابن بابویه، من لا یحضر، ٤/ ٦۲). به عنوان نمونه ابن ادریس حلی (۳/٤۸٥)، علامه حلی (قواعد الاحکام، ٥٥٤/۳)، و امام خمینی (تحریر الوسیله، ٤۸۲/۲)در مواجهه با این روایات، به استناد اصل عدم تکلیف صبی، آن‌ها را طرح می‌کنند؛ این در حالی است که بسیاری از فقیهان با اشاره به این که طرح این روایات، اجتهاد در مقابل نص و قیاس کردن در دین خداوند است، به مضمون آن‌ها فتوا داده‌اند (ابن بابویه، المقنع، ٤٤٦؛ شیخ طوسی، النهایة، ۷۱٦؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ٤/ ۹٥۲). ابن فهد حلی در همین مقام در پاسخ کسانی که مجازات کودک سارق را با قاعده عدم تکلیف صبی، حدیث نبوی «رفع قلم از صبی» و برائت ذمه او از مجازات، در تعارض می‌بینند، چنین می‌گوید: قاعده عدم تکلیف صبی توسط روایات قطع دست، تخصیص خورده است... (٥/ ۹۱).

بنا بر این، باید توجه داشت که نوع نگرش فقیه به قواعد و اصول کلی از یک سو و نگاه او به دامنه و قلمرو اعتبار نصوص و روایات از دیگر سو، در داوری و اظهار نظر او بسیار تأثیرگذار است.

همچنین بنا بر آنچه گفته شد، تحقق تعارض میان روایات با اصول و قواعد، در صورتی است که وصایت را عقد یا ایقاع[1] بدانیم؛ اما اگر وصایت را یک نوع «حکم» الزامی از سوی شارع (مانند وجوب قضای نماز پدر بر پسر بزرگ‌تر) تلقی کنیم، طبیعتاً دیگر نمی‌توان از مخالفت آن با قواعد سخن گفت. البته

۱. ممکن است گفته شود چنانچه وصایت، ایقاع باشد، بنا بر این نیازی به قبول وصی نخواهد بود؛ ولی باید توجه کرد که درست است که ایقاع یک عمل حقوقی یک طرفه است اما نمی‌تواند موجد تعهد یا تکلیفی بر شخص دیگر شود و تنها می‌تواند حقی را برای ایقاع‌گر ایجاد کند (مانند حیازت مباحات یا اجازه مالک در بیع فضولی)؛ یا حقی را ساقط کند (مانند ابراء) و یا رابطه‌ای را از بین ببرد (مانند طلاق).

این فرضیه چندان صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا مشهور فقیهان وصایت را در زمره عقـود جـای داده‌انـد و از طرفی، در خود روایات هم موضوع قبول به نوعی مطرح شده است و این با حکم بودن آن منافات دارد (مگر گفته شود قبول، مشترک لفظی است و دلالت بر عقد بودن وصایت نمی‌کند).

رأی برگزیده

نگارندگان دیدگاه علامه و پیروانش را نزدیک‌تر به صواب می‌داننـد امـا در بیـان ادلـه، انـدکی متفـاوت می‌اندیشند. بر اساس این دیدگاه، وصایت یک عقد جایز است که نیاز به ایجاب و قبول دارد و وصـی حـق دارد حتی پس از فوت موصی، آن را بپذیرد یا رد کند. اما اگر قبول کرد تا آن که موصـی از دنیـا رفـت، عقـد لازم می‌شود و حق رجوع ندارد. طبیعتاً این دیدگاه هم باید اطلاق روایات وارد شده را حمل و تأویـل کنـد. این نظر مبتنی بر چند فرضیه است:

۱- با توجه به صحت روایات باب، بر اساس اصل تبعیت احکام از مصالح و مفاسـد نفـس الامـری، باید برای روایات مذکور، مصالحی را فرض کرد. روشن است کـه در جوامـع پیشـین کـه روابـط، نیازهـا و امکانات ساده و بسیط بودند و افراد در واحدهای اجتماعی کوچـک و بـه هـم پیوسـته زنـدگی می‌کردنـد، تعلقات جمعی و روح تکافل اجتماعی از قوت و عمق بیشتری برخوردار بود. آحاد جامعه اسـلامی کـه در قالب یک امت شکل گرفته بودند، نسبت به هم و نیازهای متقابل، احساس تکلیف می‌کردند. اسلام نیز این تمایل درونی را در بسیاری عرصه‌ها قانون‌مدار کرد؛ موضوع عاقله، قسامه و لزوم قبول وصی از ایـن جملـه است. حکم لزوم قبول وصی یک حکم الزامی خالی از مصلحت نبوده است[۱]. یکی از دانشـیان حقـوق در ارتباط با ماده ۸۳۴ ق.م می‌نویسد: این ماده برای رعایت احترام اراده موصی و حفظ منافع کودکان و ایجـاد حسن تعاون اجتماعی، وصی را مجبور کرده است که امر متوفی را اطاعت کند. بنا بر این در روزگار مـا کـه تحولات عظیم اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی موجب ایجاد روابط و نیازهـای تـازه‌ای شـده اسـت، اساسـاً موضوع این گونه از روایات از بین رفته است؛ و از آنجا که تغیر موضوع، سبب تغیر حکم می‌شـود، نـاگزیر باید حکم نیز دست‌خوش تغیر گردد. این نگرش (تغیر حکم با تغیر موضوع) یکی از تفاسیری است کـه در

---

۱. با تأمل در روایات باب وصایت می‌توان به مقصدگرابودن آن‌ها پی برد. مثلاً در روایت فضیل، روشن است که هدف از تشریع حکم، تحقـق خواسـت موصـی است نه یک حکم تعبدی محض: عن الفضيل بن يسار، عن أبی عبدالله (ع) فی رجل يوصی إليه، قال: إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردها، وإن كان فی مصـر يوجد فيه غيره فذاک إليه (وسائل، ۱۸/۱۹؛ یا در روایت منصور حضرت می‌فرمایند اگر وصی تعیین شده حضور می‌داشت و قبول نمی‌کـرد، دیگـری را منصـوب می‌کرد: عن منصور بن حازم، عن أبی عبدالله (ع) قال: إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائب فليس له أن يرد عليه وصيته لأنه لو كان شاهدا فأبى أن يقبلها طلـب غيره (همان). برای تأیید این مطلب می‌شود به روایاتی اشاره کرد که وصی قراردادن زنان را منع می‌کند و در مقام تعلیل به آیه «لا تؤتوا السـفهاء امـوالکم» اسـتناد می‌ورزد (وسائل، ۱۱/۱۹)؛ پر واضح است که در این روایات، شرایط جامعه آن روزگار، مورد توجه قرار گرفته است.

ارتباط با نظریه «زمان و مکان» امام خمینی مطرح شده است.[۱]

۲- موضوع آزادی قراردادی و اصل لزوم اختیار در قراردادها امروزه بیش از گذشته مورد تأکید و پاس‌داشت قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۴۴-۱۴۸). قانون مدنی ما در ماده ۱۰ آن را به رسمیت شناخته و در ماده ۱۹۰ نیز بر لزوم قصد و رضا در معامله، تأکید کرده است. بنا بر این، عدول از آن و الزام وصی به قبول اجباری وصایت (در ماده ۸۳۴) بر اساس روایاتی که در زمانی خاص با مصالحی خاص، صادر شده‌اند، چندان موجه و برخوردار از ضابطه حقوقی به نظر نمی‌رسد. درست است که در کنار اصل آزادی قراردادی، از قراردادهای اجباری و الحاقی نیز سخن گفته‌شده است، اما موضوع بحث در موارد مشکوکی است که به لحاظ موازین فقهی و حقوقی، دچار چالش‌اند؛ در این گونه موارد شاید بتوان به این اصل، به عنوان یک فصل الخطاب رجوع کرد.

۳- بایسته نیست که ماده مزبور را مقید به عدم لزوم ضرر، حرج و مشقت سازیم زیرا حتی قائلان این قول، بر این باورند که در صورت لزوم ضرر، حرج و مشقت، یا اساساً تکلیف از دوش وصی برداشته می‌شود یا به اندازه توانش اختصاص می‌یابد. بنا بر این، پیشنهاد می‌شود ماده ۸۳۴ قانون مدنی بر اساس دیدگاه علامه حلی اصلاح شود تا ضمن جلوگیری از تضییع حقوق افراد، از ایجاد پرونده‌های حقوقی در محاکم[۲] نیز اجتناب گردد. البته این اصلاح باید با یک تکمله همراه باشد، به این صورت باشد که موصی در آگاه‌سازی وصی مورد نظر خود، قانوناً ملزم باشد. این نظریه مبتنی بر جمع میان ادله مختلف است: روایات دال بر لزوم قبول از سوی وصی؛ ادله نفی ضرر، عسر و حرج؛ ادله حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادی. البته برای اجرایی شدن و ضمانت‌های عملی این نظریه باید راه‌کارهایی توسط قانون‌گذار، پیش‌بینی شود.

نتیجه‌گیری

ایجاد تعهد و الزام برای وصی بدون قبول وی خلاف قواعد و اصول اولیه فقهی است و با اصل سلطنت بر حاکمیت و آزادی اراده وصی معارض است و راه حلی که پیشنهاد شد به این صورت که افرادی که وصیت می‌کنند موظف به آگاه نمودن وصی از امر وصایت باشند و وصی نیز موظف به اعلام پاسخ در

۱. به عنوان نمونه فقیه معاصر آیت الله محمدحسن مرعشی شوشتری ضمن پذیرش اصل تشریع ضمان عاقله، موضوع این حکم را با توجه به شرایط و مقتضیات زندگی قبیله‌ای و عشیره‌ای محقق می‌داند. به همین جهت، اعتقاد دارد چون آن شرایط در حال حاضر موجود نیست، بنابراین موضوع این حکم منتفی است و در نتیجه حکم نیز منتفی خواهد بود و این سخن هیچ منافاتی با (حلال محمد حلال إلی یوم القیامه) ندارد؛ چرا که هر حکمی تابع وجود موضوع خود در خارج می‌باشد (دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، ۲۲۲/۲)

۲. الزام افراد به پذیرش اجباری و ناآگاهانه وصایت، سبب مراجعه بازماندگان وصیت‌کنندگان خواهد شد.

مدت معین و محدودی باشد و عدم جواب در این مدت تعیین شده به منزله جواب مثبت وی تلقـی شـود. در این صورت اگر موصی امر وصایت را به اطلاع وصی نرساند، وصی پس از مرگ حق رد خواهد داشـت. موصی قبل از فوتش با آگاهی از این امر قطعاً نظر وصی را خواهد گرفت تا اطمینـان حاصـل کنـد پـس از فوتش وصایت به نحو دل‌خواه او انجام خواهد شد. همچنین به وصی نیـز سـتمی نخواهـد شـد کـه اراده و اختیار از وی سلب شود. بدین صورت تعارض دو قاعده لاضرر از بین مـی‌رود و وصـایت نیـز بلاتکلیـف نخواهد ماند.

منابع

قرآن کریم.

ابن ادریس، محمد بن احمد، ***السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ١٤١٠ ق.

ابن بابویه، محمد بن علی، ***المقنع***، قم، موسسة الامام الهادی (ع)، ١٣٤٨.

ـــــــــــــــــــ، ***فقه الرضا (ع)***، قم، مؤسسة آل البیت علیهم السلام لاحیاء التراث، ١٤٠٦ ق.

ـــــــــــــــــــ، ***من لا یحضره الفقیه***، قم، جامعة المدرسین، ١٤٠٤ ق.

ابن فهد حلی، احمد بن محمد، ***المهذب البارع فی شرح المختصر النافع***، قم، مؤسسة النشـر الاسـلامی، ١٤٠٧ ق.

انصاری، مرتضی بن محمد امین، ***المکاسب المحرمه (البیع)***، قم، انتشارات باقری، ١٤١٥ ق.

ـــــــــــــــــــ، ***فرائد الاصول (رسائل)***، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ١٤١٩ ق.

ایروانی، باقر، ***دروس تمهیدیة فی القواعد الفقهیة***، قم، مؤسسة الفقه للطباعة و النشر، ١٤١٧ ق.

آل بحرالعلوم، محمدبن محمدتقی، ***بلغة الفقیه***، تهران، منشورات مکتبة الصادق، ١٣٦٢.

بحرانی، یوسف بن احمد، ***الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، بی‌تا.

حر عاملی، محمد بن حسن، ***وسائل الشیعة الی تحصـیل مسـائل الشـریعة***، بیـروت، دار احیـاء التـراث العربـی (الاسلامیة)، بی‌تا.

خمینی، روح الله، ***البیع***، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ١٤١٠ ق.

ـــــــــــــــــــ، ***تحریر الوسیلة***، قم، دار الکتب العلمیة (اسماعیلیان)، ١٤٠٩ ق.

خوئی، ابو القاسم، ***معجم رجال الحدیث***، نرم افزار المعجم الفقهی، نسخه ٣.

شهید اول، محمد بن مکی، ***الدروس الشرعیة فی فقه الامامیة***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ١٤١٢ ق.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، ***الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة***، قم، داوری، ١٤١٠ ق.

ـــــــــــــــــــ، ***مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام***، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیة، ١٤١٣ ق.

شیخ طوسی، محمد بن حسن، ***الاستبصار فیما اختلف من الاخبار***، قم، دار الکتب الاسلامیة، ۱۳۶۳.

________________، ***الخلاف***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱٤۰۷ ق.

________________، ***المبسوط فی فقه الامامیة***، تهران، المطبعة الحیدریه، طبعه االثانیه، ۱۳۸۸ ق.

________________، ***النهایة فی مجرد الفقه و الفتوی***، قم، انتشارات قدس محمدی، بی‌تا.

________________، ***تهذیب الاحکام***، قم، دار الکتب الاسلامیة، ۱۳٦٥.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الکلام***، تهران، نشر دارالکتب مرتضی آخوندی، ۱۳۹۷ ق.

صفایی، حسین، ***قواعد عمومی قراردادها***، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳.

علامه حلی، حسن بن یوسف، ***تحریر الاحکام علی مذهب الامامیة***، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱٤۲۰ ق.

________________، ***قواعد الاحکام***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱٤۱۳ ق.

________________، ***مختلف الشیعة***، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱٤۱۲ ق.

عمید زنجانی، عباسعلی، «ماهیت حقوقی وصیت»، ***فصلنامه حقوق***، تابستان ۱۳۸۸، دوره ۳۹، شماره ۲.

کاتوزیان، ناصر، ***حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها***، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.

کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، ***کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء***، اصفهان، انتشارات مهدوی، بی‌تا.

کلینی، محمد بن یعقوب، ***الکافی***، قم، دار الکتب الاسلامیة آخوندی، ۱۳۸۸ ق.

محسنی، سعید، «ماهیت حقوقی وصیت تملیکی»، ***مجله حقوقی دادگستری***، زمستان ۱۳۸۰، شماره ۳۷.

محقق حلی، جعفر بن حسن، ***المختصر النافع فی فقه الامامیة***، تهران، مؤسسة البعثة، ۱٤۱۰ ق.

________________، ***شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام***، تهران، انتشارات استقلال، ۱٤۰۹ ق.

محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، ***کفایة الاحکام***، اصفهان، مدرسه صدر مهدوی، بی‌تا.

محقق کرکی، علی بن حسین، ***جامع المقاصد فی شرح القواعد***، قم، مؤسسة آل البیت (ع)، ۱٤۰۸ ق.

مرعشی، محمدحسن، ***دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام***، نشر میزان، ۱۳۷۹.

موسوی خوانساری، احمد، ***جامع المدارک فی شرح المختصر النافع***، تهران، نشر مکتبة الصدوق، ۱۳۸۹.

نوری، حسین بن محمدتقی، ***مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل***، قم، مؤسسة آل البیت (ع)، ۱٤۰۸ ق.

یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، ***العروة الوثقی (محشی)***، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱٤۲۰ ق.